

Alcances de la subrogación real del régimen de vivienda desde un enfoque registral

POR LUANA ALBERDI IMAS(*)

Sumario: I. Introducción.- II. Modificación subjetiva del constituyente o beneficiario y la subrogación real.- III. Subrogación real y afectación parciales y simultáneas.- IV. Instrumentación de la subrogación real.- V. Alcances del artículo 248 del Código Civil y Comercial.- VI. Subrogación a dos parcelas que constituyen una unidad habitacional.- VII. Afectación y subrogación real por parte del superficiario y el usufructuario.- VIII. Situación legal supranacional.- IX. Conclusión.- X. Bibliografía.

Resumen: el presente trabajo aborda la incorporación del instituto de la subrogación real en el Código Civil y Comercial de la Nación (artículo 248) como modo de dar continuidad al sistema protectorio de la Vivienda, en razón de conservar los efectos de inejecutabilidad y oponibilidad, en forma retroactiva a la fecha de su constitución. Desde una perspectiva registral y con una metodología descriptiva, se propone analizar los alcances del instituto, y describir los novedosos supuestos que se utilizan en la práctica. Se concluye que es legalmente viable la modificación subjetiva de los beneficiarios y la subrogación real parcial en concomitancia con una nueva afectación a vivienda. Misma postura se sostiene para el caso de sustitución del sistema tuitivo a otro inmueble preexistente en el patrimonio del constituyente. En cuanto a la instrumentación de la subrogación real, no es menester reservar el derecho por cuanto goza de amparo constitucional y se aconseja la utilización de la retroprioridad en caso de afectación notarial. Por último, tanto el superficiario como el usufructuario están legitimados para afectar a vivienda con independencia del consentimiento por parte del propietario y también pueden hacer uso de la subrogación real.

Palabras claves: subrogación real - vivienda - registración - modificación subjetiva

(*) Prof. de Derechos Reales (Privado V), Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Adscripta del Instituto de Notarial y Registral, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. Prof. adjunta de Derechos Reales, Universidad Abierta Interamericana. Abogada del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires. Maestranda en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, Universidad Notarial Argentina.

Scope of the real subrogation of the Housing regime from a registry approach

Abstract: *the present work deals with the incorporation of the institute of real subrogation in the Civil and Commercial Code as a way of giving continuity to the protective system of Housing, in order to preserve the effects of unenforceability and enforceability, retroactively to the date of its constitution. From a registry perspective and with a descriptive methodology, it is proposed to analyze the scope of the institute, and describe the new assumptions that are used in practice. It is concluded that the subjective modification of the beneficiaries and the partial real subrogation in concomitance with a new affectation to Housing are legally viable. The same position is held, in the case of substitution of the security system to another pre-existing property in the heritage of the constituent. Regarding the instrumentation of the real subrogation, it is not necessary to reserve the right since it enjoys constitutional protection and the use of retropriority is advised in case of notarial affectation. Finally, both the surface owner and the usufructuary are entitled to affect the home without the consent of the owner and can also make use of real subrogation.*

Keywords: *Real subrogation - Housing - Registration - Subjective modification*

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCiv. y Com.) regula a partir del artículo 244 el sistema protectorio de la vivienda. Desde el momento en que el constituyente opta por acogerse a este beneficio, él y su familia están amparados de la ejecución del inmueble donde habitan, siendo la afectación oponible al cobro de las deudas contraídas con posterioridad (salvo excepciones, artículo 249 CCiv. y Com.).

De esta manera, la ley de fondo regula el derecho humano de conservar la vivienda, más allá de los avatares económicos que pueda sufrir la persona. Afín a este propósito, se estableció el instituto de la subrogación real, en el artículo 248 CCiv. y Com., tendiente a dar continuidad a la tutela que brinda el sistema de vivienda, en caso de mudar el constituyente su hogar.

Cobra un valor trascendental esta incorporación, por cuanto, a través de la subrogación real, la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio (artículo 248 CCiv. y Com.). Esto conlleva que se retrotraigan los efectos protectorios a la fecha primigenia de constitución, resguardando al inmueble con destino habitacional como también al dinero de la venta o indemnización durante el tiempo que transcurra hasta la adquisición de una nueva propiedad.

Con anterioridad a la sanción del nuevo código, distinguida doctrina avalaba la posibilidad de la traslación; también fue admitida en casos jurisprudenciales. Cita obligada es la de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala I, del Departamento Judicial de San Isidro en el fallo “Kipperband, Jacobo c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires”, donde expresó el tribunal que “el derecho no es sólo la ley positiva, sino que incluye los principios generales del derecho entre los que se encuentra la ‘subrogación real’, que había sido receptada por el Código Civil de Vélez y [es] aplicable por analogía”.

Desde la práctica registral, se advierte el uso de la subrogación real de maneras diversas e innovadoras que, al no estar expresamente reguladas en el código o en normativas registrales, son poco conocidas. El presente trabajo tiene por objeto identificar y describir las variantes referidas, que se ajustan a las distintas dinámicas familiares.

Bajo tales premisas, se desarrollarán a continuación peculiares supuestos, como ser la exclusión o ampliación de beneficiarios, la subrogación real parcial concomitante con una nueva afectación a vivienda, la instrumentación de la traslación del régimen tanto en lo referido a la “reserva” como a la prioridad registral, los fundamentos por los cuales se piensa que es posible trasladar la protección cuando el inmueble forma parte del patrimonio del constituyente y la afectación por parte del usufructuario y el superficiario.

II. Modificación subjetiva del constituyente o beneficiario y la subrogación real

A continuación, se describirán cuatro supuestos donde se modifican los beneficiarios de la afectación a vivienda. Los mismos no surgen del texto de la ley actual, ni de la derogada ley 14.394, sino que han sido creados a partir de la interpretación registral. En todos los casos, puede producirse eventualmente la subrogación real, simultánea con los actos o de manera posterior.

La ley autoriza la afectación a vivienda, disminuyendo la garantía común de los acreedores empero garantizándole al deudor un inmueble en donde vivir, como también la traslación de los efectos jurídicos del régimen a otro adquirido en sustitución del primero. No obstante, no alcanza a prever distintas situaciones que se figuran en la vida cotidiana.

Ello conduce necesariamente a realizar una interpretación amplia de la aplicación del instituto, por cuanto en el análisis debe tomarse como principio rector, el hecho de tratarse de una regulación de corte constitucional, que tutela

derechos humanos reconocidos por tratados internacionales (1) que nuestro país ha suscripto. Como afirma Mazzei (2017), “Del análisis de la regulación jurídica de la protección a la vivienda, no podemos concluir que se trate de normas de cierre. No constituyen estas un techo sino un piso y no necesariamente debe realizarse una interpretación restrictiva, en tanto no vulnere derechos de terceros. La jurisprudencia irá evaluando qué es lo que más favorece a la seguridad y la justicia” (p. 2).

II.1. Exclusión del excónyuge o exconviviente

Es frecuente ver, en la práctica registral de la provincia de Buenos Aires, la rogatoria de la modificación subjetiva de la afectación a vivienda cuando se produce el divorcio o cese de la unión convivencial. Significa excluir de la protección al excónyuge o conviviente, cuando la familia se reestructura y deja de existir el proyecto de vida en común.

De acuerdo con el principio registral de inscripción, la manifestación de exclusión de beneficiario debe surgir del texto de la escritura pública o bien del testimonio judicial. Podría realizarse por acta administrativa, sin embargo, al acompañarse junto a la partición de la masa de bienes gananciales y su adjudicación, es habitual que se haga por las vías anteriormente nombradas. Debe solicitarse codificando “otros actos notariales/judiciales” y en el rubro observaciones de la minuta rogatoria se peticiona a través de breves notas.

Lo explicado hasta aquí aplica para el caso de subrogación real. Un ejemplo práctico es el del matrimonio que adquiere un inmueble y lo afecta a vivienda. Luego se divorcian, adjudican en su totalidad a uno de los ex cónyuges, quien vende la finca y adquiere otra. Simultáneamente, traslada los efectos legales de la protección al nuevo y manifiesta su intención de excluir del beneficio a su excónyuge.

II.2. Constitución de propiedad horizontal como modo de partir el inmueble ganancial. Subrogación a dos unidades funcionales

Otro ejemplo es el de la constitución de propiedad horizontal como supuesto especial de partir la masa de bienes gananciales. Allí, el inmueble se somete

(1) La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre, la Convención Americana de los Derechos Humanos (artículo 17), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11.1), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5, inc. e), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 14, inc. h) y la Convención de los Derechos del Niño (artículo 27).

a propiedad horizontal y los ex cónyuges se adjudican las unidades funcionales resultantes. La afectación se subroga a cada una de las nuevas propiedades exclusivas, siempre respetando la máxima del artículo 244, último párrafo, que impone que cada constituyente puede tener un solo inmueble afectado a Vivienda.

Los registros de Buenos Aires y Chaco, entre otros, aceptan esta posibilidad basados en el derecho familiar que se encuentra en juego, a los fines de no desamparar a los ex cónyuges o convivientes en un momento de vulnerabilidad y reorganización personal.

Cabe preguntarse cuál será la extensión de la protección ante la subrogación real, según los supuestos planteados. ¿Se limita al precio de la primera propiedad? ¿Puede tutelar el valor del nuevo inmueble, aún si existe un incremento sustancial? En el caso donde la subrogación se realiza sobre dos unidades funcionales de titularidad de cada excónyuge ¿cada unidad funcional está amparada por el importe del primer inmueble?

Es recomendable que estas definiciones las realice el órgano jurisdiccional, valorando la situación particular llevada a juicio, por cuanto tendrá mayor inmediatez con los hechos puntuales, para juzgar acerca de la justicia impartida en caso de dar una u otra respuesta. Sentar reglas generales sobre el particular podría en un futuro ser una desventaja tanto para el constituyente y su familia como también para el acreedor.

II.3. Exclusión del condómino

Un tercer supuesto de modificación subjetiva está dado por la adquisición que realice un condómino sobre las alícuotas de los otros copropietarios. Es posible tanto si la fuente del condominio es un contrato o una sucesión, dado que en nada altera a la hora de solicitar la modificación subjetiva que los titulares sean familiares o no. En cada acto jurídico en que incrementa su propiedad, puede solicitar a su vez la exclusión del beneficio del condómino enajenante.

Cabe aclarar que la extinción del condominio por recaer la totalidad de la propiedad en una sola persona y dar nacimiento al derecho real de dominio, en nada altera la protección de Vivienda, desde que el artículo 245 CCiv. y Com. admite que individualmente la persona esté amparada ante la pérdida de su hogar. A su vez, tampoco está previsto en el artículo 255 CCiv. y Com. como supuesto de extinción.

II.4. Subsistencia de la afectación a Vivienda en las donaciones entre progenitores y descendientes. Ampliación de beneficiarios

En los casos donde el inmueble afectado a vivienda es donado por sus titulares a su hija o hijo, se admite la posibilidad de continuar la afectación en consideración que se mantienen los beneficiarios de la afectación primera. Sin embargo, al haber transcurrido los años, muchas veces estas hijas o hijos formaron otra familia y quieren incluirla en la protección que otorga la afectación a vivienda a sus beneficiarios. Los registros de la propiedad admiten que se amplíen los sujetos alcanzados por esta tutela.

En el caso en que luego la familia decida mudarse, será el beneficiario quien manifieste su voluntad de subrogar la afectación, ejerciendo el rol del constituyente primitivo por ser el actual titular del inmueble.

III. Subrogación real y afectación parciales y simultáneas

Se denomina subrogación real parcial a la situación fáctica donde la persona que afectó un inmueble de su titularidad al régimen de vivienda opta por la sustitución del mismo, pero con un alcance limitado a su proporción de propiedad sobre el nuevo inmueble.

De forma simultánea a la subrogación real parcial, se admite la afectación a vivienda por la proporción restante. El motivo de esta construcción jurídica, se basa en intentar proteger por su totalidad el inmueble de la familiar, sin importar la posterior observabilidad o consecuente inoponibilidad frente a eventuales acreedores que puedan aducir que el valor protegido en la primera afectación es menor al de la actual vivienda.

Debido a que pesa sobre el inmueble una protección con causa en una subrogación real y no conocerse con certeza su alcance (por no surgir de la ley), la afectación a vivienda que se haga por el remanente no puede revestir otra modalidad que la parcialidad.

La vida de las personas es dinámica. Los paradigmas de la estabilidad a toda costa están siendo revisados de manera privada y se refleja en los hechos, que tienen consecuencia jurídica. Tal es el caso donde la persona soltera afecta a Vivienda, luego casada o conviviendo adquiere un nuevo inmueble en condominio y quieren ambos amparar su hogar de la ejecución por parte de eventuales acreedores.

La ley no se ha expedido en particular sobre esta situación, tampoco aún la jurisprudencia. Empero, los notarios —intérpretes de la ley al instrumentar la

voluntad de las personas cuando son requeridos— han elaborado esta interesante interpretación jurídica que el Registro de la Propiedad de la provincia de Buenos Aires ha avalado con su registración (2).

Se admite, por un lado, subrogar de manera parcial y, por el otro, realizar una nueva afectación sobre el mismo inmueble, en la medida del derecho de cada conviviente/cónyuge. De esta manera, se protege a quien ya gozaba de la protección, permitiéndole continuar con dicha tutela sobre la nueva casa, en consideración a ser un derecho adquirido. Asimismo, es viable que el copropietario afecte a Vivienda, a los fines de garantizar que ese inmueble con destino habitacional sea excluido del comercio temporalmente, por el valor total, aunque con distintas fechas de oponibilidad.

Es importante destacar que es oponible cada acto según su prioridad de registración, lo cual es una consecuencia indefectible, la que será juzgada en caso de ser necesario por el órgano jurisdiccional. Resulta fundamental realizar una atenta calificación del informe de dominio que publicite esta situación, a los fines de entender que solamente estará protegido cada condómino en la medida de la fecha de su afectación.

En cuanto a la calificación de la oponibilidad de la subrogación real parcial, debe considerarse la primera fecha de afectación que surge del asiento registral donde se practicó la subrogación. En cambio, la afectación de vivienda parcial gozará de oponibilidad desde el momento en que se constituya, que surge del número de presentación del documento en el cierre del asiento registral o puede retrotraerse a la fecha del certificado de dominio, según el caso. Ambos actos se publicitan confeccionando un mismo asiento registral, que se ordena en la columna B del folio real, considerada su naturaleza jurídica como una restricción a la propiedad.

Debe rogarse en números fraccionarios a los fines de cumplimentarse el principio registral de determinación, siendo correcto que la fracción sea el reflejo de la proporción de titularidad sobre el inmueble. Así, si la persona que subroga, ahora detenta el tercio del valor del inmueble actual, el acto de traslación no puede exceder esa proporción. Ello, por no revestir coherencia con el principio legal que impone que ninguna persona puede transmitir un derecho más extenso del que posee (artículo 399 CCiv. y Com.). Por otro lado, siguiendo el mismo ejemplo, la afectación parcial recaerá sobre los dos tercios restantes.

(2) Entiéndase bien, aval al admitir la registración no es sinónimo de convalidación. De hecho, la ley 17.801 expresa que la registración no subsana los vicios, así el artículo 4 reza “La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes”

IV. Instrumentación de la subrogación real

IV.1. ¿Es necesario realizar una reserva?

En cuanto a la manera de instrumentar y hacer operativa la subrogación real, existen dos posturas contrarias a nivel nacional:

1. La subrogación opera por imperio de la ley, aunque nada se diga de la opción de reserva.
2. Al momento de solicitar la subrogación real, habiéndose adquirido el inmueble que sustituya el anterior o no aún y la protección se traslade a sumas de dinero, debe el titular registral conjuntamente al tiempo de disponer, reservarse el derecho a subrogar en un futuro.

Como se dijo, no es pacífica la postura de los Registros de la Propiedad Inmueble. Celebrada la LII Reunión Nacional de directores de Registros de la Propiedad, en la ciudad de La Plata, en el año 2015, se concluyó en el Tema 1 dedicado al Régimen de Protección de la Vivienda, en el punto tercero: “En relación al artículo 248 corresponde verificar que en el instrumento de transferencia de la vivienda afectada se haya hecho ‘reserva del derecho a subrogar’, para dejar constancia en el folio real de tal circunstancia”. Se reiteró el pronunciamiento en la Reunión LVII.

Empero, el registro de CABA expresa “No será necesaria ni materia de inscripción, la ‘reserva’ de subrogar el beneficio en el documento de desafectación correspondiente” (artículo 4 de la DTR 4/2016 referida a Vivienda). Otros registros, como el de la provincia de Chaco, también tienen disposiciones técnico registrales que expresan la innecesariedad de la reserva y que no tendrá reflejo registral, puesto que no puede primar el incumplimiento de una reglamentación local ante una manda constitucional que protege a la vivienda familiar (DTR 22/2020).

En provincia de Buenos Aires, el registro impone el requisito de solicitar la reserva de la subrogación real y lo publica en el folio real (DTR 10/2016).

Por su lado, en el XXI Congreso Nacional de Derecho Registral, se concluyó en el Tema 2: “No corresponde efectuar ‘reserva del derecho’, dado que el mismo se ejerce, debiendo reflejar el documento pertinente los datos que permitan identificar el inmueble cuya subrogación se efectúa”.

Próspero fue el debate del Congreso mentado, donde se expuso que las garantías que otorga la Constitución Nacional de ningún modo deben ser reservadas para poder ser ejercidas. Asimismo, que excede la función de los registros imponer requisitos más gravosos que los que de la ley de fondo emanan, poniendo en

riesgo la protección legal y el amparo constitucional de la vivienda, de no cumplir con la formalidad impuesta por determinado registro. Las consecuencias que puede sufrir una persona y su familia al interrumpirse la inmunidad en el acto de reemplazo de la vivienda, no pueden estar en manos de un órgano administrativo.

En cuanto al término “reserva”, es importante destacar que se utiliza registralmente para distinguir el acto de cancelación del asiento registral de vivienda por subrogación real, de la desafectación propiamente del sistema. No obstante, se cree desacertada la opción del requisito de solicitar una reserva, puesto que los derechos y garantías constitucionales, no se reservan, sino que se ejercen.

Se piensa que mejor sería utilizar un término de corte registral, que colabore en la diferenciación de los actos y no imponer requisitos al momento de la traslación. A modo de distinguir la disposición del inmueble y la subrogación de la protección de vivienda, se sugiere que sería mejor utilizar el vocablo “liberación” en el asiento registral que publicite que sobre ese inmueble ya no pesa la restricción de la afectación a vivienda. En cuanto al nuevo folio real donde se consigna la restricción, utilizar el término subrogación real, a fin de publicitar la causa por la cual se lleva a cabo el acto, consignando también la fecha y número de presentación de la afectación inicial.

Por otro lado, limitar la utilización del vocablo “desafectación” únicamente para el supuesto de la finalización del régimen, según lo contempla el artículo 255 CCiv. y Com.

Al cambiar la técnica de redacción del asiento registral y a través de la utilización del vocablo “liberación”, se evita agregar un requisito que la ley de fondo no prevé y que excede la potestad calificadora del registrador. Contestes con esta postura se encuentran los profesores Beatriz Mazzei, Eleonora Casabé, Sebastián Sabene, José María Orelle y Juan José Guardiola.

Puede tomarse de ejemplo al Registro de la Propiedad de la provincia de Santa Fe, que utiliza la técnica propuesta en este trabajo. En el acta administrativa de afectación a vivienda, ante el supuesto de subrogación real, surge que debe consignarse los datos del “inmueble que se libera”.

IV.2. Prioridad temporal. Prioridad directa e indirecta

La cuestión estriba en resolver si es posible que existan dos prioridades temporales diferentes en la registración de la afectación a vivienda/subrogación real, y se adelanta que la respuesta es afirmativa. La razón de este postulado se encuentra en la norma del artículo 244 CCiv. y Com., segundo párrafo, donde reza “la

prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario”.

Como es sabido, la Ley Nacional de Registros (en adelante, LNRI) regula dos tipos de prioridades, la prioridad directa y la indirecta o retroprioridad.

1. La prioridad directa es la que tienen todos los documentos desde el momento en que son ingresados al registro y se les otorga un número de presentación. Sin importar cuál sea la fecha en que se registre de manera definitiva el documento, el mismo goza de prioridad desde la primera calificación que hace el registrador, que es en el Departamento de recepción y prioridades cuando es recibido a los fines de darle publicidad y oponibilidad. Expresa el artículo 19 de la ley 17.801: “La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40”, que no es otro que el Libro diario.

De esta manera, las actas administrativas portantes de afectaciones a vivienda o la subrogación real, como las ordenadas vía judicial, gozarán de esta prioridad, la directa. No se nombra los documentos de origen notarial, por las razones que se expondrán en el próximo punto, empero se aclara que las disposiciones técnicas de los registros dejan al arbitrio del notario la utilización de un medio de publicidad u otro.

2. La prioridad indirecta o retroprioridad, llamada de esta manera por cuanto retrotrae los efectos de oponibilidad al ingreso del certificado de dominio, es una construcción jurídica que hace la ley de registros argentina, a los fines de darle prioridad a los documentos portantes de actos jurídicos que tengan por finalidad la transmisión, constitución o modificación de derechos reales. Ello, por cuanto la legislación de nuestro país se posiciona a favor del tráfico jurídico inmobiliario, brindando seguridad jurídica dinámica. Así las cosas, si se debe establecer la preferencia de una situación por sobre otra, sea por incompatibilidad o por oponibilidad, por ejemplo, una compraventa y un embargo, ganará el primero por cuanto la ley así lo dispone, en ventaja de la sociedad misma. Esto es con base en un sistema de reservas de prioridad progresiva. Al ser solicitado un certificado de dominio, se produce una anotación preventiva (artículo 25 LNRI), cumplimentado el plazo de presentación del documento (artículo 5 LNRI), e inscripto de manera definitiva u observado, incluso prorrogado (artículo 9 LNRI) concluye este recorrido de registración en la toma definitiva del documento, con la prioridad establecida en el número de presentación que se le otorgó al certificado de dominio, el cual tiene entre otros efectos, retrotraer el tiempo de oponibilidad.

Se aplica la retroprioridad a la afectación de vivienda o su subrogación, dado que importa una modificación al derecho real de su titular al relativizar su función de garantía y otorga una ventaja a su titular, por cuanto si la ley de fondo menciona ambas prioridades como posibles, siempre es preferible darle mayor tiempo de oponibilidad al sistema tuitivo de vivienda.

Los únicos legitimados para pedir certificados de dominio con efecto de retroprioridad son los escribanos, por cuanto a aquellos les compete instrumentar los actos de enajenación de los inmuebles, o modificación del derecho real como es el caso de marras. La orden judicial de inscripción de una partición de herencia, de un divorcio o subasta no cambia la prioridad, por cuanto la ley le asigna a cada situación nombrada, una fecha especial (el fallecimiento del causante, la presentación de la demanda o la sentencia que decreta la subasta, respectivamente) y por ello no verán mejorada su situación a través de la prioridad indirecta.

Los registros de la propiedad dejan a opción del requirente la utilización de uno u otro medio de publicidad, como abierta también es la postura del código. No obstante, esta no es la postura del juzgado notarial en la provincia de Buenos Aires, que observa los protocolos de aquellos escribanos que hayan optado por solicitar un informe de dominio. Si bien ese medio de publicidad asegura quién es el titular de dominio y obra con diligencia el escribano, no le otorga ventajas en cuanto a la prioridad temporal. Por tal, teniendo en miras la importancia de la fecha de oponibilidad del sistema de vivienda, se recomienda la utilización del certificado de dominio.

V. Alcances del artículo 248 del Código Civil y Comercial. Sustitución dentro del mismo patrimonio

La legislación del derecho privado tiene una decisiva influencia en la orientación y conformación de una sociedad, dada su íntima relación con la vida cotidiana de las personas que la componen.

Desde el año 2015 existe el reconocimiento legal de la traslación del régimen tuitivo de vivienda a un nuevo inmueble, conservando el efecto de oponibilidad a la fecha de su primera afectación. La hermenéutica que se pueda realizar utilizando todas las fuentes que el código reconoce —es decir, tratados internacionales, la Constitución Nacional, el código de fondo y demás leyes, incluso los usos y costumbres— podrán ampliar derechos humanos, tarea que es de vital importancia reconocer y amparar en una sociedad tan castigada por debacles económicas cíclicas, que resultan ser embates a nivel familiar e individual.

En la redacción del artículo 248 CCiv. y Com. se encuentra el defecto de no admitir, de manera expresa, la posibilidad de subrogar la afectación a un inmueble

existente en el patrimonio del instituyente. Esto ha generado distintas posturas que, en la práctica, cuando se acude a una interpretación literal de la norma, producen un menoscabo en el derecho de familia patrimonial (3).

Los primeros antecedentes judiciales, posteriores a la sanción del código, aplicaron una interpretación restrictiva —fallos de la Cámara Primera de Apelaciones, Sala III, de La Plata del año 2016, en los casos Coto y Vega de Torchia—. Sus sentencias se basaron en la estricta aplicación de la norma, inclusive “cuando pareciera injusta la decisión”, palabras textuales de la Dra. Bourimborde. Los camaristas realizaron una interpretación del artículo 248 CCiv. y Com., con estricto apego a la letra de la ley, que resultó irrazonable, al entender de Alicia Puerta de Chacón (2017) y una hermenéutica “inadmisibles, irrazonable e injusta por atentar contra la protección de la vivienda y la familia”, en opinión de Gastón Zavala (2018).

Esta situación ha ido cambiando y en el año 2019, en un fallo de Río Negro, el Dr. Ariel Gallinger expresó en su voto el modo en que debe ser interpretada la ley: “No puede perderse de vista que el artículo 2 del CCiv. y Com. nos impone un criterio interpretativo de la norma, tendiente a darle coherencia al sistema, para que además de las palabras de la ley, debe estarse fundamentalmente a la finalidad que la misma persigue, las leyes análogas, los tratados de Derechos Humanos, y los principios y valores jurídicos del ordenamiento íntegro”.

En consonancia a esta postura, en el caso Alboniga (2020) los camaristas realizaron una interpretación integradora del plexo normativo utilizando el siguiente razonamiento: “Las leyes que se dicten deben ser coherentes con la Constitución, y se estaría desprotegiendo derechos constitucionales a la defensa del bien de familia y al acceso de una vivienda digna, si se impidiera al fallido la posibilidad de sustituir el bien. Por ello, el silencio de la ley anterior deja de ser un obstáculo para admitir la sustitución del bien de familia retrotrayendo los efectos a la primitiva inscripción”.

A modo de política de Estado, podría sostenerse que ante el supuesto en que la traslación es requerida a otro inmueble ya existente en el patrimonio del interesado y calificada la inexistencia de medidas cautelares que pesen sobre el mismo, no existe razón para pensar que no es viable tal acto ante la falta de manifestación expresa por parte de la ley. Sostiene Adriana Abella (2014) que podrá subrogarse a un inmueble de titularidad del instituyente que ya se encuentre en su patrimonio, porque lo que muda es justamente, su vivienda.

(3) “Los beneficiarios en virtud de la afectación no se limitan a adquirir expectativas o meros intereses legítimos sobre el bien de familia, sino que se convierten en titulares de auténticos derechos subjetivos” (Guastavino, 1962).

El marco normativo, tuitivo de la vivienda, no puede limitarse a los artículos 244 a 256 del código. Es la misma ley de fondo la que sienta la directiva de interpretar la ley de acuerdo con un sistema de fuentes. En palabras de Alicia Puerta de Chacón (2017) “La amplitud de los criterios de interpretación que sienta el artículo 2 del CCiv. y Com. permite la aplicación extensiva del artículo 248 al supuesto de la transmisión de la afectación. El fundamento, la finalidad y los valores en juego son exactamente los mismos para que la afectación de vivienda se mantenga, sea en el inmueble que “se adquiere” sea en el inmueble que “se tiene” (p. 5).

Cabe ahora dar lugar al análisis de un supuesto más delicado por existir intereses contrapuestos: ¿puede trasladarse la afectación a otra propiedad del instituyente, cuando recaen sobre el inmueble medidas cautelares?

Ante el vacío legal existente, acudir a los principios generales del derecho positivo argentino y los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos, podría ser una solución posible si es que se considera al derecho sobre la vivienda, un valor fundamental. Inclusive apelar a los principios del derecho natural, como lo es preservar la vivienda digna de la persona y su familia, sumado a la libertad de modificar su domicilio familiar.

En las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el año 2005, se trató el tema de la vivienda y la posibilidad de la subrogación. En la comisión que se dedicó a debatir sobre los Derechos Reales se postuló la conveniencia de incluir en la legislación positiva, la posibilidad de subrogar al inmueble adquirido, a los fondos recibidos en concepto de indemnización e incluso, a la transferencia de la protección a otro inmueble de su propiedad.

Ante el supuesto en que el constituyente quiera trasladar la afectación a un inmueble sobre el cual pesan medidas cautelares y realizando una nueva interpretación de la situación, de acuerdo con los avances jurisprudenciales y doctrinarios, los registros deben aceptar esta traslación y receptor la postura mediante disposiciones técnico registrales a los fines de dar seguridad a los registradores a la hora de realizar la calificación y dar publicidad a los operadores de derecho a los fines de dar un asesoramiento correcto.

Piénsese en el caso concreto, donde el instituyente tiene la intención de subrogar la afectación a un inmueble de su propiedad, el cual está embargado. Si con anterioridad no ha sido subastado y existiendo un juicio abierto, sería correcto y eficiente, ante la eventual vulneración de los derechos del acreedor, que este lo plantee al órgano jurisdiccional y sea el juez quien decida la oponibilidad o no del sistema.

Debe primar en el razonamiento que no todos los litigios finalizan en la ejecución del inmueble, que previo a esa circunstancia se intentan varias otras formas de acuerdo. Mientras se resuelve judicialmente el planteo, la familia puede mudarse de hogar; inclusive podría plantearse como una manera de reducir las erogaciones que conlleva la conservación del inmueble. Podría responder a cuestiones personales o laborales; no obstante, la interpretación judicial delimitando la exégesis al supuesto de hecho siempre será más justa y razonable que la negativa por parte de los registros a realizar la sustitución por no surgir expresamente de la ley.

Los registros de la propiedad, si bien son autoridad de aplicación de esta figura, no dejan de ser órganos administrativos que tienen por finalidad dar publicidad y oponibilidad a los documentos portantes de derechos reales. No gozan de la facultad de limitar derechos constitucionales porque se crea que podría perjudicar a los acreedores. Debe ser el órgano judicial el que determine la oponibilidad de la traslación en los casos concretos, por la inmediatez que tendrá con las partes litigantes.

Tómese el ejemplo del registro de Rosario, que en el año 2003 dispuso como criterio de calificación, con base en antecedentes judiciales (4), que, ante la sustitución de un inmueble sometido a vivienda por otro, se tomará razón con efecto retroactivo a pesar de la existencia de situaciones jurídicas con emplazamiento registral que constaren sobre el segundo inmueble.

Entiéndase bien, no se postula la protección del deudor ultra activamente, sino que se reflexiona y considera, por lo tanto, que, incumbe al órgano jurisdiccional evaluar y decidir sobre el caso concreto para dar la respuesta justa y razonable, por la responsabilidad que le otorga el modelo republicano de nuestro país, basado en la división de poderes.

VI. Subrogación a dos parcelas que constituyen una unidad habitacional

Aquí se trata el supuesto en que la afectación recae sobre un inmueble y la traslación se hace a dos parcelas, que constituyen una unidad habitacional. Al momento de realizar la calificación de la subrogación real, el registrador advierte que la traslación que se quiere publicitar ahora recae sobre dos parcelas diferentes. ¿Qué debe hacer? Constatar que surja del documento la manifestación donde se exprese que debe tomarse como unidad de afectación, dado que la casa está asentada sobre dos inmuebles distintos, pero colindantes.

(4) Casos Botto y Gil.

Así las cosas, deben confeccionarse dos asientos registrales, uno en cada folio real. No es necesario que de ellos surja la correlación existente a los fines de abreviar los asientos pertinentes. En cuanto al tercero que esté interesado en conocer la situación jurídica del inmueble, contará con la posibilidad de solicitar copias microfilmicas y así obtener el resultado completo e íntegro del estado jurídico. Por esta razón, es menester la correcta aplicación del principio registral de inscripción, por tanto, se impone a los notarios y jueces realizar una correcta descripción de la circunstancia de afectación sobre dos parcelas colindantes que constituyen una unidad económica por estar emplazada la vivienda sobre ambos inmuebles tanto en el título causal como en la minuta rogatoria, en el rubro observaciones. Cuando se afecte por acta administrativa, estará a cargo del registrador esa tarea.

En estos casos, no es necesaria la previa confección de un plano de mensura y unificación para realizar la afectación. Ello, por cuanto encarece y ralentiza el acto, siendo opuesto al fin perseguido por la ley.

Si bien se entiende que esta postura es compartida por los registros de la propiedad inmuebles locales, no lo fue así hasta el año 2019, al menos en la provincia de Río Negro. Allí, se expidió la cámara pertinente a los fines de establecer que es correcto el criterio que permite hacer una excepción a la regla que impone el artículo 244 *in fine*, por la cual no puede una persona acogerse a este beneficio y afectar más de un inmueble. De esta manera, los camaristas expresaron que pareciera no ser suficiente para justificar mayores exigencias, el hecho de que la vivienda se encuentre emplazada sobre dos predios, como sucede cuando existe una unificación predial. Asimismo, admitieron la sustitución de la afectación a dos inmuebles independientes y colindantes, teniendo en cuenta el marco de la finalidad inherente a la protección del bien de familia, mandato imperante que surge de la Constitución Nacional, en el artículo 14 bis. Bien explican que el legislador, al referirse a un inmueble, apunta a la condición clasificatoria de los bienes (muebles e inmuebles) y no en un sentido parcelario registral.

Lo expuesto aplica al derecho real de propiedad horizontal, en el supuesto de afectación de la unidad funcional y la unidad complementaria. Esto es así, dado que esta última tiene como finalidad servir a la unidad privativa. Como expresa el artículo 2039 CCiv. y Com., la unidad funcional puede abarcar una o más unidades complementarias, las que se tendrán como una unidad a los fines de la afectación a vivienda. Así lo expresa el artículo 3 de la DTR 10/2016 del Registro de la Provincia de Buenos Aires: “b) En el derecho real de Propiedad Horizontal, [se admite] la afectación de la unidad funcional y de su complementaria o de una parte indivisa de la misma, debiendo rogarse expresamente por cada una de las unidades afectadas”.

VII. Afectación y subrogación real por parte del superficiario y el usufructuario

Los titulares de los derechos reales de propiedad superficiaria y usufructo están legitimados para afectar a vivienda toda vez que ambos cumplen con los requisitos legales que impone dicho sistema, por cuanto

a) Cumplen con la imposición del artículo 245 CCiv. y Com. de ser titular registral, toda vez que este término, como se ha expresado anteriormente en otros trabajos, se refiere a toda persona, humana o jurídica, que sea titular de un derecho real y que esté registrado su derecho patrimonial en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Se ha explicado que el término “titular registral” es empleado cotidianamente para referirse a aquellos derechos reales que recaen sobre cosa propia y, por tal, son ubicados en el folio real donde se consigna al dueño, ya sea titular de una unidad funcional en el régimen de propiedad horizontal o conjuntos inmobiliarios, al condómino o dómimo.

Entender por “titular registral” al titular de dominio (luego extendido al condominio, PH o PHE) responde a una razón histórica. Tradicionalmente, la única persona que podía disponer de su derecho era el titular de dominio.

Empero, el término es tomado de la Ley de Hipotecas española y en la misma no se hace alusión a una interpretación restrictiva, inclusive si se tiene en cuenta que su sistema de creación de derechos reales responde a un modelo abierto, donde existe cierta libertad por parte de las personas para crear relaciones de derecho con respecto a las cosas —con mayor autonomía que en nuestro sistema—, más aún respalda la postura de entender al titular registral como aquella persona que es titular de un derecho y tiene reflejo registral.

b) Cumplen con el requisito de habitación efectiva (artículo 247 CCiv. y Com.) cuando sus titulares son personas humanas, y recae su derecho sobre un inmueble destinado a vivienda.

En este punto es importante destacar la diferencia existente entre que sea un superficiario o un usufructuario el instituyente del régimen. Por cuanto el usufructo se extingue cuando recae sobre persona humana al producirse su deceso (si no se previó un plazo menor) y por no ser transmisible por causa de muerte, la falta de habitación por parte del usufructuario extingue la afectación al sistema de vivienda.

Por el contrario, en el supuesto de la propiedad superficiaria, el fallecimiento del titular no configura una causal de desafectación, por cuanto este derecho sí se

hereda y la ley exige que al menos una persona sea la que habite el inmueble a los fines de su conservación e intangibilidad de la propiedad que sirve de cobijo.

En la misma línea de pensamiento, puede citarse la conclusión del XXI Congreso Nacional de Registradores del año 2021 llevado a cabo de manera virtual que expresó en el tema 2, punto 8, que

Se reiteran las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en Catamarca en el año 2019, en el sentido de que el usufructuario puede manifestar su voluntad de afectación del inmueble sin necesidad de concurrir al acto el nudo propietario. Ello en virtud del claro enunciado del artículo 245 primer párrafo del CCiv. y Com. Asimismo, está facultado a acogerse al sistema de subrogación del régimen.

Por su lado, el XX Congreso Nacional de Registradores llevado a cabo en la provincia de Catamarca en el año 2019 concluyó por unanimidad: “Queda comprendido el usufructuario dentro de los legitimados sustantiva y registralmente para la afectación al régimen de vivienda, sin necesidad de intervención del nudo propietario (artículo 245 CCiv. y Com.) (...)”.

En ambos supuestos de constitución por parte del superficiario o el usufructuario, pueden los mismos subrogar el inmueble por otro, y trasladar los efectos de la afectación, por aplicación del artículo 248 CCiv. y Com. En principio, la extensión de la subrogación real de estos derechos, será en la medida de ellos, por cuanto encuentran el límite que impone el artículo 399 CCiv. y Com., donde nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso del que posee.

VIII. Situación legal supranacional

Se ha reiterado y argumentado la necesidad de interpretar el plexo normativo referido a la vivienda y su protección, teniendo en cuenta la finalidad de la ley, los principios y valores jurídicos y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. A continuación, se nombrarán aquellos tratados que nuestro país ha suscripto y merecen, aunque en apretada síntesis, su exposición. A saber:

1. *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*, del año 1948, dispone en el artículo 16: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado”; por su lado, el artículo 17 expresa: “Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”; por último, el artículo 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia (...) la vivienda”.

2. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre*, aprobada en Bogotá en 1948, que en su artículo 6 proclama: “Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella”, y en el artículo 23: “Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar”.
3. *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)*, aprobada por ley 23.054 en 1984 por nuestro país, en el artículo 17 dedicado a la protección a la familia, inciso 1, dispone: “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.
4. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, firmado en Nueva York y ratificado por ley 23.313 que declara en el artículo 11, inciso 1: “El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.
5. *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación racial*, ratificada por la ley 17.722, que enumera el derecho a la vivienda en el artículo 5.
6. *Convención sobre a Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, ratificada por ley 23.179 del año 1985, que consagra en el artículo 14 el goce “de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda”.

IX. Conclusión

Por cuanto existe una nueva construcción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado, es necesaria la interpretación de la ley de manera amplia, que contemple tanto la normativa local, nacional e internacional, con una exégesis armonizadora. Con la intención de colaborar en la aplicación del instituto de la subrogación real, se ha presentado la descripción de distintos usos que se pueden realizar.

La ley de fondo es el marco normativo y, allí donde no se ha expresado, debe ser integrada con los tratados internacionales que contemplan el derecho humano de conservar la vivienda, por imperio de los artículos 14 bis y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Por ello, se concluye que es posible ampliar o excluir beneficiarios del sistema cuando se produce la subrogación real. Asimismo, sí puede trasladarse la afectación a un inmueble que componga el patrimonio del constituyente, dado que debe primar la libertad en la elección del lugar en donde se quiere vivir, sin temor a perder la vivienda por la ejecución de acreedores.

Existen excepciones a la regla de un único inmueble protegido con el sistema de vivienda cuando la razón recaiga en entender como unidad el supuesto de estar emplazada la casa sobre dos lotes. Mismo criterio debe aplicarse cuando se trate de unidades funcionales y complementarias en el derecho real de propiedad horizontal.

Se rechaza el requisito registral de solicitar la “reserva de la subrogación real”, por cuanto al estar reconocido en el código y ser una garantía constitucional la protección de la vivienda, no pueden las leyes locales exigir mayores requisitos, que agraven la situación del instituyente. Igualmente, se piensa que existe un error de interpretación al querer publicitar dicha reserva como manera de cumplir con el principio de determinación, porque es mejor que el mismo se cumpla con el uso de vocablos registrales, como el que se propone “liberación”, para el supuesto donde no pesa más sobre el inmueble la restricción. De esta manera, se distinguen los supuestos de desafectación por finalizar la protección del otro supuesto, donde se produce la liberación del inmueble por sustitución a otro, continuando la vigencia de la afectación a vivienda.

La interpretación de la normativa de vivienda implica un cambio en la concepción de los derechos en juego. Resulta ineludible que aquella se realice brindando la mayor protección posible a la vivienda familiar.

Será el órgano jurisdiccional el encargado de dirimir si el constituyente actuó de manera fraudulenta en detrimento de sus acreedores, y a través de la inmediatez con los hechos y su conocimiento, podrá impartir justicia.

En suma, la legislación del derecho privado y su aplicación, debe ser interpretada a favor del valor de derecho humano que se reconoce a la vivienda.

X. Referencias bibliográficas

Abella, A. (2014). Protección de la Vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Revista del Notariado*, N° 978 (p. 673).

Alberdi Imas, L. (2018). Legitimación del usufructuario para afectar al régimen de vivienda. *Revista Notarial*, N° 987 (p. 437).

Borda, A. (2001). La sustitución de un bien de familia. (Necesidad de una reforma legislativa). *La Ley* 1992-E (p. 387).

Borda, A. (2003). Un gran avance. *LLBA* 1997 (p. 527).

Cossari, N. (2004). Sustitución con efectos retroactivos de bien de familia. *La Ley Litoral* 2004-130, SAIJ: DASJ060014.

Guastavino, E. P. (1962). *Derecho de familia patrimonial. Bien de Familia*. Buenos Aires: Omeba.

Luverá, M. A. (2019). ¿Es posible sustituir un bien de familia? *Revista del Notariado* N° 905 (p. 47).

Mazzei, J. B. (2017). Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Subrogación real y sustitución. *El Derecho* (272), N° 14.176.

Puerta de Chacón, A. (2017). Vivienda. Traslación de la afectación. ¿Otro esfuerzo interpretativo?, *RDF* 2017-IV (p. 71).

Congreso Nacional de Derecho Registral (XXI-2021 modalidad virtual). “Consideraciones registrales acerca de la subrogación real”, Luana Alberdi Imas (2021).

Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (LII-La Plata. 18/08/2015).

Jornadas Nacionales de Derecho Civil (XX-2005 CABA). Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Zavala, G. A. (2018). Sustitución de Vivienda (Interpretación del art. 248 CCyCN sobre la base de casos). En Academia Nacional del Notariado, *LXXV Seminario Teórico - Práctico Laureano Arturo Moreira*.

Villaro, F. (1980). *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*. La Plata: Editorial Astrea.

Legislación

Disposición Técnico Registral N° 3/2018 Resistencia, Chaco, 17/08/2018.

Disposición Técnico Registral N° 28/2020 Resistencia, Chaco, 10/03/2020.

Disposición Técnico Registral N° 22/2020, Resistencia, Chaco, 05/03/2020.

Disposición Técnico Registral N° 4/2016, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 29/03/2016.

Disposición Técnico Registral N° 10/2016 La Plata, Buenos Aires, 06/07/2016.

Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Santa Fe, Afectación a Vivienda, instrucciones administrativas. Recuperad de <https://www.santafe.gov.ar/index.php/tramites/modul1/index?m=descripcion&id=96285>

Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Políticos y Sociales. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/26305/norma.htm>

Jurisprudencia

Cám. Civ. y Com., San Isidro, Sala I, 03/02/1997 “Kipperband, Jacobo c. Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires”

Cám. Nac. de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, 19/10/2020 “Alboniga, Juan José s/ Quiebra”

Cám. Civ. y Com. Rosario, sala 1ª, 15/10/2002 “Botto, Dardo S. y otra”, LLL 2003-115.

Cám. Civ. y Com. Rosario, sala 1ª, 11/06/2003, “Gil, Jorge A.” LLL 2004-2-127; DJ 2004-2-1110.

Cám. Apelaciones en los Civ., Com., Fam. y Min., sala 1ª, Viedma, 12/08/2019, “Zavala, Gastón Augusto c/Dirección del Registro de la Propiedad Inmueble de la 2º Circunscripción de la Provincia de Río Negro s/ Contencioso Administrativo (Recurso de reconsideración).

Fecha de recepción: 31-03-2022

Fecha de aceptación: 19-09-2022